Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden

Jaargang 2016

477

Besluit van 28 november 2016 tot uitvoering van de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (Besluit arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 september 2016, nr. 2016-0000193477;
Gelet op de artikelen 6, derde lid, 10, zesde lid, en 15, derde, vierde en vijfde lid, van de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie en 2a, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen;
De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van 2 november 2016, No.W12.16.0281/III);
Gezien het nader rapport van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 november 2016, nr. 2016-0000252779;

Hebben goedgevonden en verstaan:

Artikel 1

In dit besluit en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder wet: Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie.

Artikel 2

De elementen, bedoeld in artikel 6, derde lid, onderdeel a, van de wet, ter beoordeling of een onderneming daadwerkelijk substantiële activiteiten verricht om werknemers ter beschikking te stellen in het kader van transnationale dienstverrichting, bestaan uit:
a. de plaats waar de onderneming haar statutaire zetel heeft en waar haar administratie wordt verricht;
b. de plaats waar de onderneming kantoren heeft, belasting en socialezekerheidspremies betaalt en waar zij, indien van toepassing, een vergunning voor de uitoefening van een beroep heeft of als onderneming is ingeschreven in registers die door de bevoegde instanties kunnen worden geraadpleegd of bij beroepsorganisaties;
c. de plaats waar gedetacheerde werknemers worden geworven en de plaats van waaruit ze worden gedetacheerd;
d. het op de overeenkomsten van de onderneming met de gedetacheerde werknemer en met de dienstontvanger toepasselijke recht;

e. de plaats waar de onderneming haar belangrijkste ondernemingsactiviteiten ontplooit en waar zij administratief personeel heeft;
f. het aantal overeenkomsten van dienstverrichting die worden uitgevoerd of de grootte van de omzet in de lidstaat van vestiging;
g. de aard van de werkzaamheden van de onderneming in de lidstaat waar zij is gevestigd; en
h. of de werknemer rechtmatig verblijft en rechtmatig zijn hoofdactiviteit uitoefent in de lidstaat waar de onderneming is gevestigd.

Artikel 3

De elementen, bedoeld in artikel 6, derde lid, onderdeel b, van de wet, ter beoordeling of er sprake is van een gedetacheerde werknemer die tijdelijk arbeid in Nederland verricht, bestaan uit:
a. de periode waarin het werk wordt verricht in een andere lidstaat;
b. de datum waarop de detachering begint;
c. de detachering vindt plaats in een andere lidstaat dan die waar of van waaruit de gedetacheerde werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht;
d. de gedetacheerde werknemer keert na de beëindiging van de werkzaamheden of de dienstverrichting waarvoor hij was gedetacheerd, terug naar de lidstaat van waar of van waaruit hij is gedetacheerd of waar hij wordt geacht weer te gaan werken;
e. de aard van de activiteiten;
f. de dienstverrichter die de werknemer detacheert, draagt zorg voor het vervoer, kost en inwoning of accommodatie of hij betaalt de kosten hiervoor terug aan de gedetacheerde werknemer;
g. de wijze waarop is voorzien in het vervoer, kost en inwoning of accommodatie en de wijze van terugbetaling, bedoeld in onderdeel f;
h. alle eerdere tijdvakken waarin dezelfde of een andere gedetacheerde werknemer de betrokken werkzaamheden heeft verricht;
i. een bewijs waaruit de bijdrage voor de toepasselijke socialezekerheidsregelingen blijkt;
j. de plaats van waaruit, de wijze waarop en de frequentie waarmee feitelijk leiding wordt gegeven aan de werkzaamheden;
k. wie de gedetacheerde persoon voor zijn arbeid betaalt en hoe deze betaling zich verhoudt tot het contract met de dienstverrichter en de dienstontvanger; en
l. hoe er feitelijk toezicht wordt gehouden en leiding wordt gegeven aan de werkzaamheden en of hierbij sprake is van een gezagsverhouding.

Artikel 4

1. De aangewezen ambtenaren, bedoeld in artikel 10, eerste lid, van de wet, kunnen een verzoek tot invordering afwijzen op de volgende gronden:
a. de verwachte kosten of middelen van de invordering van de administratieve sanctie of boete niet in verhouding staan tot het in te vorderen bedrag;
b. de administratieve sanctie of boete bedraagt minder dan € 350,– of indien het vreemde valuta betreft het equivalent van dit bedrag; of
c. met de uitvoering van het verzoek wordt gehandeld in strijd met een wettelijk voorschrift.
2. Een verzoek als bedoeld in artikel 10, tweede lid, van de wet kan worden afgewezen, indien het verzoek niet voldoet aan de regels, bedoeld in artikel 10, vijfde lid, van de wet, onvolledig is of onmiskenbaar niet strookt met de onderliggende beslissing.

Artikel 5

1. Als ernstige overtredingen als bedoeld in artikel 15, derde en vijfde lid, van de wet worden aangewezen de overtredingen van de informatieverplichting, bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de wet en van de administratieve eisen en controlemaatregelen, bedoeld in artikel 9, eerste lid, van de wet, waarbij tenminste twintig gedetacheerde werknemers betrokken zijn.
2. Als soortgelijke verplichtingen en verboden als bedoeld in artikel 15, vierde lid, van de wet worden aangewezen de informatie- en administratieve verplichtingen op grond van artikel 6, eerste lid, onderscheidenlijk artikel 9, eerste lid, van de wet.

Artikel 6

Bij ministeriële regeling kan het aantal gedetacheerde werknemers, bedoeld in artikel 5, eerste lid, worden aangepast.

Artikel 7

In het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen wordt na artikel 1n een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 1o

De verplichting, bedoeld in artikel 2a, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen geldt niet ten aanzien van een werkgever die een verplichting heeft om te melden op grond van artikel 8 van de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie.

Artikel 8

Artikel 5 van het Besluit arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid wordt «artikel 9, eerste lid» vervangen door: de artikelen 8, eerste en vijfde lid, en 9, eerste en derde lid.

2. In het tweede lid wordt «de artikelen 6, eerste lid, en 9, eerste lid, van de wet» vervangen door: de artikelen 6, eerste en tweede lid, 8, eerste, derde en vijfde lid, en 9, eerste tot en met derde lid, van de wet en de verplichting op grond van artikel 2a van de Wet arbeid vreemdelingen.

Artikel 9

Voor de toepassing van artikel 15, derde, vierde lid en vijfde lid, van de wet worden overtredingen, die zijn begaan voor de dag waarop artikel 5 in werking is getreden, niet in aanmerking genomen.

Artikel 10

Dit besluit wordt aangehaald als: Besluit arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie.

Artikel 11

1. De artikelen 1 tot en met 6, 9 en 10 van dit besluit treden in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst.

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt met de daarbij behorende stukken openbaar gemaakt door publicatie in de Staatscourant.

2. De artikelen 7 en 8 van dit besluit treden in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

Amsterdam, 28 november 2016

Willem-Alexander

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L.F. Asscher

Uitgegeven de *achtste* december 2016

De Minister van Veiligheid en Justitie,
G.A. van der Steur

stb-2016-477
ISSN 0920 - 2064
’s-Gravenhage 2016

NOTA VAN TOELICHTING

Algemeen

Inleiding

Dit besluit behelst de invulling van enkele delegatiebepalingen uit de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (verder: de wet). Met deze wet zijn de detacheringsrichtlijn (96/71/EG) en de handhavingsrichtlijn (2014/67/EU) geïmplementeerd. Enkele bepalingen in dit besluit die nader inhoud geven aan de wet zijn ontleend aan de handhavingsrichtlijn en betekenen daarmee ook verdere implementatie van die richtlijn. Belangrijkste onderdeel van dit besluit is het benoemen van elementen die voor de toezichthouders behulpzaam kunnen zijn om te beoordelen of er sprake is van transnationale dienstverrichting. Cao- partijen kunnen eventueel ook aan de hand van dit besluit beoordelen of de cao van toepassing is op buitenlandse bedrijven. Daarnaast zijn er bepalingen opgenomen over het afwijzen van een buitenlands verzoek tot inning van een administratie boete of kennisgeving van het opleggen van een administratieve sanctie, de aanwijzing van ernstige en soortgelijke overtredingen en de samenloop met de meldingsplicht in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen.

Kenmerken van detachering

In artikel 4 van de handhavingsrichtlijn zijn elementen opgenomen die toezichthouders kunnen betrekken bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van daadwerkelijke detachering in de zin van de detacheringsrichtlijn. Het gaat om de beoordeling of er sprake is van een postbusonderneming en of een werknemer *tijdelijk* arbeid in Nederland verricht, terwijl hij gewoonlijk in een andere lidstaat werkt. Daarnaast staat in het vijfde lid van artikel 4 van de handhavingsrichtlijn dat de benoemde elementen ook gebruikt kunnen worden om te beoordelen of iemand daadwerkelijk een gedetacheerde *werknemer* is. Met andere woorden: is er sprake van schijnzelfstandigheid? De richtlijn benoemt een aantal elementen en daarnaast kunnen lidstaten indien nodig nog andere elementen benoemen. Van deze mogelijkheid is met dit besluit gebruik gemaakt.

Alvorens in te gaan op de specifieke elementen, is het van belang te benadrukken dat de elementen aanwijzingen zijn voor de algemene beoordeling die kan worden verricht en niet los van elkaar kunnen worden bezien. Het biedt de toezichthouders in de dagelijkse praktijk een richtsnoer bij hun beoordeling. Dat betekent echter niet dat wanneer een dienstverrichter niet «voldoet» aan één van de elementen er automatisch sprake is van een schijnconstructie om de detacheringsrichtlijn te ontduiken (zie artikel 4, vierde lid, van de handhavingsrichtlijn). Andersom kan er, ook als een dienstverrichter aan alle elementen voldoet, toch sprake zijn van een postbusonderneming, een schijnzelfstandige of een werknemer die niet onder de detacheringsrichtlijn valt. Het hangt dus van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval af of er sprake is van transnationale detachering. Bij de beoordeling van die feiten en omstandigheden kunnen de benoemde elementen behulpzaam zijn. Ze zijn dus niet-limitatief. Er kunnen voor de Inspectiediensten dus nog andere elementen zijn om tot het oordeel te komen dat werkzaamheden wel of niet als transnationale dienstverrichting moeten worden gezien. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de elementen die in dit besluit genoemd zijn geen effect hebben op de reikwijdte van de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de EU.

Substantiële activiteiten

Ten aanzien van de beoordeling of een bedrijf daadwerkelijk substantiële activiteiten verricht en dus geen postbusonderneming is, stelt de richtlijn dat met name gekeken kan worden naar:

a) de plaats waar de onderneming haar statutaire zetel heeft en haar administratie wordt verricht, waar zij kantoren heeft, belasting en sociale zekerheidspremies betaalt en waar zij, indien van toepassing, overeenkomstig het nationale recht een vergunning voor de uitoefening van een beroep heeft of zijn ingeschreven in registers zoals het Handelsregister in Nederland of bij beroepsorganisaties;

b) de plaats waar gedetacheerde werknemers worden aangeworven en de plaats van waaruit ze worden gedetacheerd;

c) het recht dat van toepassing is op de overeenkomsten van de onderneming met haar werknemers, enerzijds, en haar klanten, anderzijds;

d) de plaats waar de onderneming haar belangrijkste ondernemingsactiviteiten ontplooit en waar zij administratief personeel heeft;

e) het aantal overeenkomsten of de grootte van de omzet in de lidstaat van vestiging, rekening houdend met onder andere de specifieke situatie van nieuwe ondernemingen en het midden- en kleinbedrijf.

Artikel 4, tweede lid, van de handhavingsrichtlijn biedt ruimte voor het opnemen van elementen naast de in dat artikel reeds genoemde elementen. Naast de in de richtlijn benoemde elementen zijn daarom in dit besluit twee andere elementen opgenomen op grond waarvan beoordeeld wordt of er sprake is van daadwerkelijk substantiële activiteiten. Ten eerste kan ook de aard van de werkzaamheden in de lidstaat waar het bedrijf gevestigd is van belang zijn. Wanneer een bedrijf in het land van herkomst bijvoorbeeld actief is in de bouwsector maar in Nederland actief is in de land- en tuinbouw, kan dat aanleiding zijn om de detachering nader te onderzoeken. Het nut van dit element is op Europees niveau overigens bekend; het is benoemd in artikel 14, tweede lid, van de Toepassingsverordening behorende bij de coördinatieverordening sociale zekerheid[1] en ook in de handhavingsrichtlijn wordt vermeld dat kan worden gekeken naar «alle feitelijke elementen die (..) kenmerkend zijn voor de activiteiten die een onderneming verricht in de lidstaat waar zij is gevestigd» (artikel 4, tweede lid van die richtlijn).

Ten tweede is het van belang te kijken of en per wanneer een gedetacheerde werknemer in de zendende lidstaat aan de wetgeving voldoet ten aanzien van de voorschriften voor verblijf en arbeid. In het Essent-arrest (C-91/13) wijst het Europese Hof van Justitie erop dat dit lidstaten de waarborg kan bieden dat de situatie van die werknemers legaal is en zij hun hoofdactiviteit uitoefenen in de lidstaat waar de dienstverrichter is gevestigd. Dit element kan bijvoorbeeld verhelderen of een gedetacheerde werknemer al enige tijd in dienst is bij zijn werkgever en daarna wordt gedetacheerd of gedetacheerd wordt zonder voorafgaand gewerkt te hebben in het land van vestiging van de dienstverrichter. In het laatste geval kan dat een kenmerk zijn van een schijnconstructie. Onder de voorwaarden van de detacheringsrichtlijn is het toegestaan om werknemers te detacheren als ze net in dienst zijn, maar daarvan is geen sprake wanneer de feiten en omstandigheden erop duiden dat de onderneming in de zendende lidstaat enkel opgericht is als postbusonderneming.

---

[1] Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad VERORDENING (EG) Nr. van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels. (PbEU 2004, L 166).

Tijdelijkheid werkzaamheden

Ten aanzien van de beoordeling of een werknemer tijdelijk in een andere lidstaat dan die waar hij gewoonlijk werkt, werkzaamheden verricht, stelt de richtlijn dat alle feitelijke elementen die voor dat werk kenmerkend zijn en de situatie van de werknemer moeten worden onderzocht, waarbij met name gekeken kan worden naar:

a) de periode waarin het werk wordt verricht in een andere lidstaat;

b) de datum waarop de detachering begint;

c) de detachering vindt plaats in een andere lidstaat dan die waar of van waaruit de gedetacheerde werknemer gewoonlijk zijn of haar arbeid verricht in de zin van Verordening nr. 593/2008 (Rome I) of het Verdrag van Rome;

d) de gedetacheerde werknemer keert na de beëindiging van de werkzaamheden of de dienstverrichting waarvoor hij was gedetacheerd, terug naar de lidstaat van waar hij is gedetacheerd, of waar hij wordt geacht weer te gaan werken;

e) de aard van de activiteiten;

f) de dienstverrichter (de werkgever) die de werknemer detacheert zorgt voor het vervoer, de kost en inwoning of accommodatie of de kosten hiervan worden door hem terugbetaald aan de gedetacheerde werknemer en waar dit het geval is, op welke wijze hierin is voorzien of op welke manier dit wordt terugbetaald;

g) alle eerdere tijdvakken waarin dezelfde of een andere (gedetacheerde) werknemer de betrokken werkzaamheden heeft verricht.

Omdat artikel 4, derde lid, van de handhavingsrichtlijn ruimte biedt voor het opnemen van elementen van deze elementen, zijn in dit besluit vier elementen toegevoegd. Het eerste element is de premieafdracht voor de sociale zekerheid in het land waar de gedetacheerde werknemer gewoonlijk werkt. Blijkens overweging 12 van de handhavingsrichtlijn kan het ontbreken van de A1-verklaring, waarmee premie- en bijdragebetaling door de werkgever in een andere lidstaat kunnen worden aangetoond, erop duiden dat de situatie niet moet worden beschouwd als een tijdelijke detachering naar een andere lidstaat dan die waar de betrokken werknemer gewoonlijk arbeid verricht met het oog op het verrichten van diensten. Het tweede element is de plaats van waaruit, de wijze waarop en de frequentie waarmee feitelijk leiding wordt gegeven aan de werkzaamheden. Wanneer er namelijk geen sprake is van uitzendarbeid, maar uit feiten en omstandigheden blijkt dat feitelijk leiding en toezicht berusten bij (een medewerker van) de dienstontvanger, kan dat betekenen dat de gedetacheerde werknemer eigenlijk in dienst is van de dienstontvanger. Er is dan sprake van vrij verkeer van werknemers in plaats van vrij verkeer van diensten.

Daarnaast zijn aan bovenstaande lijst twee elementen toegevoegd om te beoordelen of er sprake kan zijn van schijnzelfstandigheid. Uit overweging 10 en artikel 4, vijfde lid, van de handhavingsrichtlijn blijkt dat de hiervoor genoemde elementen ook kunnen bijdragen aan het identificeren van schijnzelfstandigen in het kader van detachering. Met het oog op de bestrijding van schijnzelfstandigheid zijn twee elementen toegevoegd om te beoordelen of gedetacheerde werknemers ten onrechte als zelfstandige worden opgevoerd. Ten eerste kan worden beoordeeld wie de gedetacheerde persoon betaalt voor zijn werkzaamheden en hoe zich dit verhoudt tot het dienstverleningscontract dat is gesloten tussen de gedetacheerde persoon en de dienstontvanger. Is het contract bijvoorbeeld rechtstreeks gesloten met de dienstontvanger, maar wordt de gedetacheerde persoon door een ander bedrijf uitbetaald, dan kan dat duiden op een constructie waarin betrokkene slechts op papier zelfstandig

is, maar in de praktijk werknemer is van het bedrijf dat hem voor zijn werkzaamheden betaalt.

Ten tweede kan worden gekeken naar of en zo ja hoe, er leiding wordt gegeven aan de werkzaamheden en of daarbij sprake is van een gezagsverhouding. Van een gezagsverhouding kan geen sprake zijn als het gaat om een echte zelfstandige: een echte zelfstandige is immers eigen baas. Een voorbeeld waarbij de Inspectie SZW stuit op een gezagsverhouding tussen de vermeende «opdrachtgever» en «zelfstandige/opdrachtnemer» is de verkoop-op-stam-overeenkomst. Bij verkoop op stam wordt bijvoorbeeld nog te oogsten fruit verkocht aan vermeende zelfstandige dienstverleners. Na het plukken van het fruit wordt de oogst teruggekocht. Het lijkt dan alsof er een dienst wordt verricht, maar in de praktijk heeft men onder leiding en toezicht en derhalve in een gezagsverhouding arbeid verricht. De als «zelfstandigen» geduide werkenden hebben geen enkele ruimte om de werkzaamheden naar eigen inzicht in te richten. De toevoeging van beide elementen sluit aan bij de handhavingsrichtlijn. Artikel 4, vijfde lid, van de richtlijn geeft immers aan dat er onder andere gekeken dient te worden naar de gezagsverhouding en de beloning van de werknemer, ongeacht de wijze waarop de betrekking in een mogelijkerwijs tussen partijen gesloten overeenkomst wordt gekenmerkt.

Afwijzingsgronden voor verzoek uit andere lidstaat tot administratieve boete-inning

Een van de manieren waarop de handhavingsrichtlijn bijdraagt aan het bestrijden van misbruik van de detacheringsrichtlijn is grensoverschrijdende administratieve boete-inning. Lidstaten zijn op grond van de handhavingsrichtlijn verplicht administratieve boetes te innen op verzoek van een andere lidstaat indien die andere lidstaat de boete niet kan innen doordat de dienstverrichter bijvoorbeeld teruggekeerd is naar het land van vestiging of niet reageert op verzoeken tot boetebetaling. Deze verplichting is echter niet ongeclausuleerd. Indien het verzoek niet aan de vormvereisten voldoet of indien kosten van inning niet opwegen tegen het te innen bedrag, kan van inning worden afgezien. Dat laatste is volgens de richtlijn bijvoorbeeld het geval indien het te innen bedrag minder is dan 350 euro. In dit besluit zijn de in de richtlijn genoemde afwijzingsgronden opgenomen.

Ernstige overtredingen

In de wet zijn verplichtingen opgenomen voor buitenlandse dienstverrichters die tijdelijke in Nederland een dienst verrichten. Zo moeten zij vooraf melding maken van de klus die ze komen verrichten en moeten er bepaalde documenten beschikbaar zijn op de werkplek zodat de Inspectie SZW die kan controleren. Op het niet nakomen van die verplichtingen is een boete gesteld. In artikel 15 van de wet is opgenomen dat bij recidive en in geval van een ernstige overtreding de boete met 200 procent kan worden verhoogd. Voor de aanwijzing van ernstige overtredingen is in dit besluit aangesloten bij andere wetten, zoals de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Dat betekent dat er sprake is van een ernstige overtreding, indien er 20 of meer werknemers bij betrokken zijn.

Harmonisering meldingsplichten

In de memorie van toelichting bij de wet is uiteengezet dat de verschillende meldingsplichten die gelden voor buitenlandse werkgevers die naar Nederland komen, zullen worden geharmoniseerd. De eerste stap van deze harmonisering wordt gezet met dit besluit. Er wordt namelijk geregeld dat dienstverrichters voor wie de meldingsplicht op grond van

de wet geldt, niet verplicht zijn tot melding op grond van artikel 2a van de Wet arbeid vreemdelingen. Uiteraard is dit pas van toepassing als het meldingssysteem in het kader van de wet gereed is en de meldingsplicht van kracht is.

Handhavingstoets Inspectie SZW

Aan de Inspectie SZW is gevraagd het onderhavige besluit te toetsen op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. De toezichthouder heeft aangegeven dat het onderhavige besluit handhaafbaar is.

Regeldruk

Het voorstel brengt geen aanvullende regeldruk met zich mee. De regeldruk is reeds becijferd bij de totstandkoming van de wet.[2]

Transponeringstabel

De artikelen 2, 3 en 4 strekken ter implementatie van de handhavingsrichtlijn. In de onderstaande tabel is aangegeven welke bepalingen van deze richtlijn zijn omgezet in dit besluit. Voor de omzetting van de overige bepalingen van de handhavingsrichtlijn wordt verwezen naar de transponeringstabel van de wet.[3]

Transponeringstabel

Artikel Richtlijn 14/67/EU	Bepaling in implementatieregeling of in bestaande regelgeving en toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte
Artikel 4 (substantiële activiteiten onderneming)	Geïmplementeerd in artikel 6, derde lid, van de wet. Het eerste lid van artikel 4 staat in het derde lid. Het tweede lid van artikel 4 is geïmplementeerd in artikel 6, derde lid, onderdeel a. Het derde lid van artikel 4 is opgenomen in onderdeel b. Het vierde lid van artikel 4 vloeit voort uit de beoordeling die de Inspectie SZW maakt. Dit is tevens toegelicht. Het vijfde lid van artikel 4 vloeit voort uit onderdeel b, waarin wordt bezien of de gedetacheerde werknemer tijdelijk in Nederland arbeid verricht.	In de wet is een delegatiegrondslag opgenomen. De elementen zijn vastgesteld in dit besluit (artikel 2 en 3).
Artikel 17 (weigeringsgronden)	Geïmplementeerd in artikel 10, zesde lid. Er is een delegatiegrondslag opgenomen. Bij algemene maatregel van bestuur worden gronden geformuleerd waarop niet aan het verzoek van de bevoegde instantie hoeft te worden voldaan.	In de wet is een delegatiegrondslag opgenomen. De gronden zijn vastgesteld in dit besluit (artikel 4).

[2] Kamerstukken II, 2015/16, 34 408, nr. 3, p.19.
[3] Kamerstukken II, 2015/16, 34 408, nr. 14.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1

In artikel 1 is bepaald dat indien in het besluit wordt verwezen naar de wet, hiermee de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU) wordt bedoeld.

Artikel 2

Om te beoordelen of een onderneming in het kader van transnationale dienstverrichting werknemers ter beschikking stelt en om te beoordelen of een werknemer een gedetacheerd werknemer is, benoemt artikel 4 van de handhavingsrichtlijn een aantal elementen. De elementen, die in dit besluit worden vastgesteld, zijn bedoeld als hulp voor de Inspectie SZW bij het verrichten van controles en indien het vermoeden bestaat dat een werknemer niet in aanmerking komt voor de status van gedetacheerde werknemer. De eerste zes elementen om te beoordelen of een bedrijf daadwerkelijk substantiële activiteiten verricht in het land van vestiging vloeien voort uit artikel 4, tweede lid, van de handhavingsrichtlijn. Nu de in artikel 4, tweede lid, genoemde elementen niet limitatief zijn, is daarnaast een zevende onderdeel toegevoegd, waarmee ook de aard van de werkzaamheden van de onderneming in de lidstaat waar deze is gevestigd een element is om te beoordelen of een bedrijf daadwerkelijk substantiële activiteiten verricht. Tevens wordt het element toegevoegd of de werknemer rechtmatig verblijft en zijn hoofdactiviteit rechtmatig uitoefent in de lidstaat waar de onderneming is gevestigd. Voor de formulering wordt aangesloten bij de overwegingen van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Essent.[4] De zinsnede of de werknemer rechtmatig zijn hoofdactiviteit uitoefent in de lidstaat waar de dienstverrichter is gevestigd heeft betrekking op de overweging van het Hof dat het aan de dienstverrichter is om aan te tonen dat de betrokken werknemer voldoet aan de voorschriften ten aanzien van de werkvergunning en sociale zekerheid in de lidstaat van vestiging.[5] Dit is nader uiteengezet in het algemeen deel van de nota van toelichting.

Artikel 3

De eerste acht elementen van artikel 3, die ertoe strekken om te beoordelen of er sprake is van een gedetacheerde werknemer, vloeien voort uit artikel 4, derde lid, van de handhavingsrichtlijn. Uit de formulering van artikel 4, derde lid, blijkt dat de daar genoemde opsomming niet limitatief is bedoeld. Daarom worden vier elementen toegevoegd die ook van belang zijn om te beoordelen of er sprake is van een gedetacheerde werknemer. Ten eerste gaat het om het bezit van een bewijs waaruit de bijdrage voor de voor de werknemer toepasselijke socialezekerheidsregelingen blijkt. Uit overweging 12 van de handhavingsrichtlijn blijkt immers dat het ontbreken van een verklaring betreffende de toepasselijke socialezekerheidswetgeving zoals benoemd in de Toepassingsverordening[6] van de coördinatie-verordening (EG) nr. 883/2004, erop kan duiden dat de situatie niet moet worden beschouwd als een tijdelijke detachering. Ten tweede is de plaats van waaruit, de wijze waarop en de frequentie waarmee feitelijk leiding wordt gegeven aan de werkzaamheden van belang.

---

[4] Hof van Justitie van de Europese Unie, 11 september 2014, C-91/13 (Essent).

[5] Zie ook HvJ EG, 21 oktober 2004, C-445/03 (Commissie/Luxemburg), ro. 46.

[6] de Verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (*PbEU* 2009, L 284).

Tevens worden twee elementen benoemd die voor de beoordeling van schijnzelfstandigheid van belang zijn. In artikel 4, vijfde lid, van de handhavingsrichtlijn wordt gesteld dat onder andere gekeken dient te worden naar de elementen in verband met de verrichting van arbeid, gezagsverhouding en de beloning van de werknemer, ongeacht de wijze waarop de dienstbetrekking in een mogelijkerwijs tussen de partijen gesloten overeenkomst wordt gekenmerkt. Deze twee elementen betreffen de beloning, te weten wie de werkende persoon betaalt voor de verrichte werkzaamheden en hoe dit zich verhoudt tot het contract met de dienstverrichter en dienstontvanger en hoe er feitelijk toezicht wordt gehouden en leiding wordt gegeven aan de werkzaamheden en of er sprake is van een gezagsverhouding.

De Inspectie SZW voert een algemene beoordeling uit van alle elementen. Indien één of meerdere elementen niet worden nageleefd, betekent dat niet dat er geen sprake kan zijn van substantiële werkzaamheden of van een gedetacheerde werknemer. Dit dient van geval tot geval beoordeeld te worden.

Artikel 4

Dit artikel bevat de gronden waarop een invorderingsverzoek of verzoek tot kennisgeving op grond van artikel 10 van de wet kan worden afgewezen. De gronden zijn ontleend aan artikel 17 van de handhavingsrichtlijn. Op grond van de onderdelen a tot en met c kan het invorderingsverzoek op drie inhoudelijke gronden worden afgewezen, namelijk indien de verwachte kosten of middelen van de invordering van de sanctie of boete niet in verhouding staan tot het in te vorderen bedrag of de geldelijke sanctie of boete minder bedraagt dan € 350,–, of een equivalent van dit bedrag indien het vreemde valuta betreft. Ook kan het verzoek worden afgewezen indien met de uitvoering van het verzoek in strijd wordt gehandeld met een wettelijk voorschrift. De richtlijn stelt hierbij dat het gaat om het niet naleven van de in de grondwet van de aangezochte lidstaat neergelegde grondrechten en vrijheden van verweerders en de rechtsbeginselen die op hen van toepassing zijn. Conform de begripsaanduiding in de Awb wordt onder wettelijk voorschrift verstaan de bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden, zoals artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) waaronder het zwijgrecht en de toegang tot de rechter.[7]

Daarnaast kan, conform de aanhef van artikel 17 van de handhavingsrichtlijn, het invorderingsverzoek of het verzoek tot kennisgeving worden afgewezen indien het verzoek onvoldoende gegevens bevat, dan wel onvolledig is of onmiskenbaar niet strookt met de onderliggende beslissing. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de vermelde gegevens in het verzoek onmiskenbaar onjuist zijn ten opzichte van de onderliggende beslissing tot oplegging van de boete waarvan de gegevens tevens worden meegestuurd. Voorts kan het verzoek worden afgewezen indien het niet voldoet aan de op grond van artikel 10, vijfde lid, van de wet bij ministeriele regeling vast te stellen regels met betrekking tot de vorm en inhoud van het verzoek.

Artikel 5

Bij de kwalificatie van ernstige overtredingen en soortgelijke verplichtingen en verboden is zoveel mogelijk aangesloten bij de andere arbeidswetten, te weten de onderliggende regelgeving bij de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, de Waadi en de Wav. De

[7] Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 39.

kwalificatie van ernstige overtreding is ook van belang voor de hoogte van de bestuurlijke boete bij recidive en het verlengen van de recidivetermijn. In het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag (Besluit minimumloon) (artikel 3, derde lid) is ervoor gekozen om onder andere als ernstige overtreding aan te merken de overtreding waarbij ten minste 20 werknemers zijn betrokken en de onderbetaling ten minste 25 procent bedraagt. Ook bij het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Baadi) (artikel 3) is vastgesteld dat een overtreding van de registratieplicht, waarbij ten minste 20 ter beschikking gestelde arbeidskrachten zijn betrokken, een ernstige overtreding is en bij het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (Buwav) (artikel 4b, derde lid) wordt naar eenzelfde aantal werkenden verwezen. In navolging van deze regelingen is ervoor gekozen dat een overtreding, die betrekking heeft op ten minste 20 gedetacheerde werknemers, wordt aangemerkt als een ernstige overtreding. Evenals bij de registratieplicht op grond van de Waadi gaat het hier om het overtreden van een meldplicht of een administratieve verplichting die als ernstig wordt aangemerkt omdat het gaat om een groter aantal betrokkenen.

Op grond van de wet wordt bij het vaststellen van recidive niet alleen gekeken naar dezelfde overtreding, maar ook naar het overtreden van een soortgelijke verplichting. Gezien de samenhang met de verschillende verplichtingen op grond van de artikelen 6, eerste lid, en 9, eerste lid, van de wet, worden deze verplichtingen als soortgelijke verplichtingen aangewezen als bedoeld in artikel 15, vierde lid, van de wet.

Artikel 6

In artikel 5 is bepaald dat de ernst van de overtreding wordt bepaald door het aantal betrokken gedetacheerde werknemers die in het geding zijn. In navolging van de onderliggende regelingen bij de verschillende arbeidswetten (Baadi, Buwav en Besluit minimumloon) is ervoor gekozen dat bij ministeriële regeling het aantal betrokken werknemers in artikel 5 kan worden aangepast. Om een gestroomlijnde wijziging van het aantal werknemers dat kwalificeert voor een «ernstige overtreding» mogelijk te maken, is bij deze arbeidswetten aangesloten. Uit de uitvoeringspraktijk kan blijken dat het aantal betrokkenen dat maakt dat een overtreding als «ernstig» beschouwd dient te worden, aanpassing behoeft (naar boven of naar beneden), enerzijds omdat kan blijken dat de gevolgen voor de betrokken ondernemingen te groot blijken te zijn, anderzijds omdat in de praktijk wel sprake is van dermate ernstige overtredingen dat een zwaardere bestraffing in de rede ligt, maar de overtredingen structureel op een lager aantal werknemers zien dan in het besluit is opgenomen.

Artikel 7

In de memorie van toelichting bij de wet is toegezegd dat op grond van het tweede lid van artikel 2a van de Wav een uitzondering gemaakt zal worden voor de in dat artikel geregelde meldingsplicht, indien een werkgever al een meldingsplicht heeft uit hoofde van artikel 8 van de wet.[8] De invoeging van artikel 1o in het Buwav geeft uitvoering aan deze toezegging. Indien de meldingsplicht in de wet in werking treedt, zal dit artikel ook in werking treden.

[8] Kamerstukken II, 2014/15, 34 408, nr. 3, p. 15.

Artikel 8

In artikel 8 zijn de wijzigingen in het besluit opgenomen voor het geval de meldingsplicht van artikel 8 van de wet in werking treedt. Het betreft de vermelding van overtreding van de verplichtingen en administratieve eisen op grond van de artikelen 8, eerste en vijfde lid, en 9, derde lid, van de wet, die dan zullen worden aangewezen als ernstige overtredingen, en de artikelen 6, tweede lid, 8, eerste, derde en vijfde lid, en 9, derde lid, die dan worden aangewezen als soortgelijke verplichtingen. Daarnaast wordt als soortgelijke verplichting aangewezen het niet voldoen aan de plicht om de tewerkstelling van vreemdelingen, voor wie geen tewerkstellingsvergunning is vereist, te melden (artikel 2a Wav).

Artikel 9

In dit artikel is een regeling opgenomen voor overtredingen die begaan zijn voor de inwerkingtreding van artikel 5 van dit besluit. Deze overtredingen worden niet aangemerkt als ernstige overtredingen of als soortgelijke verplichtingen en verboden, omdat de overtreder voor inwerkingtreding van artikel 5 van dit besluit niet wist of behoorde te weten dat deze overtredingen als ernstig of soortgelijk als bedoeld in artikel 15, derde, vierde en vijfde lid, van de wet zouden worden aangemerkt.

Artikel 10

In artikel 10 van dit besluit is de citeertitel opgenomen. Bij de bepaling van de citeertitel is aangesloten bij de citeertitel van de wet (Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie).

Artikel 11

De artikelen 1 tot en met 6, 9 en 10 zien op implementatie van de handhavingsrichtlijn. Gezien de uiterste implementatietermijn van 18 juni 2016, is bepaald dat deze artikelen zo spoedig mogelijk in werking treden.

De artikelen 7 en 8 kunnen pas in werking treden op het moment dat artikel 8 van de wet en de hieraan gekoppelde bepalingen in werking treden. Om die reden is gekozen voor een gedifferentieerde inwerkingtreding bij koninklijk besluit.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L.F. Asscher